



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Gesicherte Interbankkredite mittels Hypotheken als Refinanzierungsmittel:
ein Beitrag zum Kreditsicherungsrecht**

Zobl, Dieter

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-61183>
Book Section

Originally published at:

Zobl, Dieter (2011). Gesicherte Interbankkredite mittels Hypotheken als Refinanzierungsmittel: ein Beitrag zum Kreditsicherungsrecht. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 931-947.

Gesicherte Interbankkredite mittels Hypotheken als Refinanzierungsmittel

Ein Beitrag zum Kreditsicherungsrecht

DIETER ZOBL

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangspunkt.....	932
II.	Übertragung der Hypothekarforderung und des Sicherungseigentums am Schuldbrief	933
1.	Abtretung der Hypothekarforderung an die kreditgebende Bank sicherungshalber.....	933
a)	Voraussetzungen.....	933
aa)	Aus zessionsrechtlicher Sicht.....	933
bb)	Unter dem Gesichtspunkt des Bankgeheimnisses ..	934
cc)	Zwischenergebnis.....	935
b)	Durchführung der Abtretung.....	935
aa)	Rechtsgrund	935
bb)	Verfügungsgeschäft.....	936
2.	Übertragung des Sicherungseigentums am Schuldbrief	937
a)	Ausgangspunkt.....	937
b)	Zulässigkeit der Weiterübertragung des Sicherungseigentums	938
c)	Die Durchführung der Weiterübertragung des Sicherungseigentums	938
aa)	Variante 1: Begründung von neuem Sicherungsei- gentum an den Schuldbriefen durch die zedieren- de Bank (Borrower) zugunsten des Zessionars (Lender).....	938
bb)	Variante 2: Übertragung des bisherigen Sicher- ungseigentums auf dem Wege der Vertrags- übernahme	940
III.	Rechtsstellung des Lenders im Konkurs des Borrowers.....	943
IV.	Sind die hier diskutierten Sicherstellungsvarianten gegen mögliche paulianische Anfechtungsklagen resistent?.....	944
1.	Schenkungs pauliana (Art. 286 SchKG).....	944
2.	Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG).....	945
3.	Absichtspauliana (Art. 288 SchKG).....	946
4.	Zwischenfazit	947
V.	Schlussfolgerungen	947

I. Ausgangspunkt

Im Rahmen der noch nicht vollständig ausgestandenen globalen Finanzkrise spielt und spielte die Refinanzierung von Banken eine ganz besondere Rolle. Darunter versteht man allgemein die Finanzierung der Aktiven, speziell der Ausleihungen einer Bank (sog. Aktivgeschäft) zwecks Liquiditätsbeschaffung.¹ Wichtigste Quellen der Refinanzierung sind

- Eigenfinanzierung und
- Fremdfinanzierung.²

Bei letzterer sind verschiedene Varianten zu unterscheiden: Während das Kundeneinlagengeschäft (sog. Passivgeschäft) die wichtigste Refinanzierungsquelle von Kommerz- und Universalbanken bildet, spielen daneben die Aufnahme von Fremdkapital am Geld- und Kapitalmarkt bzw. die Kreditaufnahme von andern Banken (Interbankengeschäft) sowie indirekt der Verkauf von Krediten im Rahmen einer Securitization³ eine besondere Rolle.⁴ Die zuletzt genannte Möglichkeit habe ich in der Festschrift für JEAN-NICOLAS DRUEY behandelt.⁵ Im Rahmen des vorliegenden Beitrages, der meinem langjährigen Fakultätskollegen und Freund ROLF H. WEBER, mit dem ich während vielen Jahren interessante Seminare und andere Lehrveranstaltungen im Bereiche des Bankrechtes durchführen durfte, freundschaftlich gewidmet ist, geht es um die Refinanzierung durch Aufnahme von Fremdkapital im Rahmen des Interbankgeschäftes. Diese Variante der Refinanzierung ist seit der Finanzkrise besonders aktuell. Dabei geht es insbesondere um den Fall, bei dem eine Bank (Borrower) bei einer andern Bank (Lender) zwecks Beschaffung von Liquidität einen gedeckten Kredit aufnimmt. Angesichts der grossen Bedeutung des Hypothekengeschäftes in der Schweiz hat sich in diesem Zusammenhang die Frage gestellt, unter welchen Voraussetzungen vom Borrower gewährte Hypotheken zur Sicherstellung solcher Kredite herangezogen werden können und wie der Vorgang rechtlich einwandfrei durchzuführen ist.⁶

Im folgenden Beitrag wird davon ausgegangen, dass die Hypothekarkredite entsprechend dem in der Schweiz heute meist praktizierten Modell durch Sicherungsübereignung von Schuldbriefen⁷ gedeckt sind und dass sich in den

¹ HANS GEIGER, Refinanzierung, in: Max Boemle/Max Gsell/Jean-Pierre Jetzer/Paul Nyffeler/Christian Thalmann (Hrsg.), Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, 890.

² GEIGER (Fn. 1), 890.

³ Zur Securitization von Hypothekarforderungen vgl. DIETER ZOBL, Zur Verbriefung von Hypothekarforderungen, in: Rainer J. Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean-Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 289 ff.

⁴ GEIGER (Fn. 1), 890.

⁵ Vgl. Fn. 3.

⁶ Der Autor dieses Beitrages hat sich dazu verschiedentlich gutachterlich geäußert.

⁷ Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen vgl. DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Berner Kommentar, Das Fahrnispfand. Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB. Band

Hypothekarkreditverträgen sowie in den Sicherungsübereignungsvereinbarungen (*pactum fiduciae*) Übertragungsklauseln (Transferklauseln) zugunsten der Hypothekarbank (Borrower) vorfinden. Darnach wird die Hypothekarbank ermächtigt, die Hypotheken auf Dritte zu übertragen.⁸

Der Interbankkredit soll durch Sicherungszession⁹ von Hypothekarforderungen samt den dazu gehörenden Schuldbriefen durch den Borrower zugunsten des Lenders gesichert werden.

Nicht berücksichtigt wird im vorliegenden Beitrag das Pfandbriefgeschäft, das neuerdings auch für solche Zwecke atypischerweise und verlegenheitshalber eingesetzt wird.¹⁰

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren Hypotheken, welche durch Sicherungseigentum an Schuldbriefen gedeckt sind, zu Kreditsicherungszwecken auf Dritte übertragen werden dürfen.

II. Übertragung der Hypothekarforderung und des Sicherungseigentums am Schuldbrief

1. Abtretung der Hypothekarforderung an die kreditgebende Bank sicherungshalber

a) Voraussetzungen

Die Frage, ob eine Bank Darlehensforderungen abtreten kann, ist vorab unter zessionsrechtlichen Gesichtspunkten sowie unter dem Aspekt des schweizerischen Bankgeheimnisses¹¹ zu beurteilen.

aa) Aus zessionsrechtlicher Sicht

Aus zessionsrechtlicher Sicht ergeben sich keine Probleme; weder das Gesetz, noch eine Vereinbarung¹² noch die Natur des Rechtsverhältnisses stehen der Abtretung einer Hypothekarforderung entgegen.¹³ Dazu kommt, dass in

IV, 2. Abteilung, 5. Teilband, 1. Unterteilband, 3. Aufl., Bern 2010, Syst. Teil N 1500 ff.; DIETER ZOBL, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 1987, 281 ff.

⁸ Dabei werden in der Regel verschiedene wirtschaftliche Motive genannt, welche der Weiterübertragung zugrunde liegen können.

⁹ Zur Sicherungszession eingehend ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1506 ff. mit umfassenden Literaturnachweisen.

¹⁰ Vgl. BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25.6.1930, SR 211.423.4.

¹¹ Einzelheiten hierzu CHRISTOPH WINZELER, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Stand 2010, Bem. zu Art. 47 BankG.

¹² Natürlich könnte im Einzelfall zwischen Bank und Kunde ein sog. *pactum de non cedendo* abgeschlossen werden, was aber in der Praxis kaum vorkommen dürfte.

¹³ Art. 164 Abs. 1 OR.

den meisten Hypothekarkreditverträgen der Banken die Möglichkeit der Abtretung sogar ausdrücklich vorgesehen ist (sog. Transferklauseln).

bb) Unter dem Gesichtspunkt des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG)

Wie bereits in meinem Artikel über die Verbriefung von Hypothekarforderungen festgehalten, bedarf es zur Übertragung der Forderung dennoch der vorgängigen Zustimmung des Hypothekarschuldners, ansonsten eine Verletzung des Bankgeheimnisses vorläge.¹⁴ Zur Begründung der herrschenden Lehre verweise ich auf meine Ausführungen in der Festschrift DRUEY.¹⁵ Soweit in den Hypothekarkreditverträgen ausdrückliche Übertragungsermächtigungen enthalten sind, ist dem Zustimmungserfordernis in der Regel implizite Genüge getan. Gelegentlich geht die Formulierung auch dahin, dass der Kunde diesbezüglich ausdrücklich auf die Geltendmachung des Bankgeheimnisses verzichtet. Da sich die entsprechende Verzichtserklärung in allgemeinen Vertragsbedingungen vorfindet, könnte sie infolge der Schutzfunktion des Bankgeheimnisses durch die Rechtsprechung als ungewöhnlich betrachtet werden. Aus diesem Grunde ist es sicher empfehlenswert, wenn die Klausel in den entsprechenden Vertragsbedingungen klar und deutlich hervorgehoben wird (am zweckmässigsten durch Fettdruck), was dann – entsprechend der langjährigen Rechtsprechung zu den Gerichtsstandsklauseln – auf eine sog. Vollübernahme hinausläuft.¹⁶ Damit kann sich der Kunde nicht mehr auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen und hat die Klausel gegen sich gelten zu lassen.

Ob eine solche Verzichtsklausel bezüglich des Bankgeheimnisses im vorliegenden Zusammenhang allerdings ungewöhnlich ist, bedarf heute einer erneuten Überprüfung.¹⁷ Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, und zwar bezogen auf den Einzelfall.¹⁸ Die Ungewöhnlichkeit setzt voraus, dass die Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Mass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt.¹⁹ Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.²⁰ So haben die Banken ja bereits aufgrund des Pfandbriefgesetzes die Möglichkeit, sich durch Aufnahme eines Pfandbriefdarlehens zu refinanzieren, wobei Hypothekaranlagen der

¹⁴ ZOBL (Fn. 3), 299 ff.

¹⁵ ZOBL (Fn. 3), 299 ff.

¹⁶ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 884 N 430 m.w.B.

¹⁷ Zum Begriff der Ungewöhnlichkeit im Kreditsicherungsrecht vgl. ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 884 N 429 ff.

¹⁸ BGE 135 III 1, 7.

¹⁹ BGE 135 III 1, 7; 119 II 443, 446.

²⁰ BGE 135 III 1, 7.

Pfandbriefzentrale verpfändet werden.²¹ Eine Zustimmung des Hypothekarschuldners wird hiezu nicht verlangt, obwohl hier – so gesehen – nicht bloss eine Verletzung des Bankgeheimnisses thematisiert werden könnte, sondern vielmehr auch eine sog. Weiterverpfändung (Art. 887 ZGB) vorliegt.²² Ist eine Bank nun kraft Allgemeiner Geschäftsbedingungen ermächtigt, Hypothekaranlagen weiter zu übertragen, sei es zu Kreditsicherungs-, sei zu andern Refinanzierungszwecken, so wird durch entsprechende Transaktionen, die notwendigerweise auch eine gewisse Lüftung des Bankgeheimnisses gegenüber dem Erwerber mit sich bringen, die Rechtsstellung des Bankkunden nicht beeinträchtigt. Das mit diesem bestehende Vertragsverhältnis bleibt insbesondere dann, wenn eine Vertragsübernahme stattfindet, inhaltlich völlig unverändert. Unter diesem Gesichtspunkt kann man heute wohl eher davon ausgehen, dass eine entsprechende Klausel nicht als ungewöhnlich zu qualifizieren ist, nachdem es – wie gezeigt – sogar gesetzliche Tatbestände gibt, die interessemässig ähnlich liegen, bei denen der Gesetzgeber aber nicht einmal eine Zustimmung des Kunden verlangt hat. Hält man entsprechend diesen Überlegungen die Zustimmungserklärung nicht für ungewöhnlich, genügt es, wenn sie im Rahmen des üblichen Textes in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen und durch Globalübernahme akzeptiert wird. Eine Zustimmung des Kunden ist zwar erforderlich, bedarf aber nach dieser neueren Tendenz keiner besonderen Hervorhebung im Text der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Erfolgt die Abtretung der Hypothekarforderung aber ohne jede Zustimmung des Kunden, liegt nach herrschender Ansicht zwar eine Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) vor, die aber keine Nichtigkeit des Abtretungsvorganges bewirkt.²³

cc) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Hypothekarforderungen unter dem Gesichtspunkt des Zessionsrechtes in aller Regel ohne weiteres an Dritte abgetreten werden können, unter dem Aspekt des Bankgeheimnisses aber nur, wenn eine entsprechende Zustimmung des Bankkunden vorliegt.

b) Durchführung der Abtretung

aa) Rechtsgrund

Der Rechtsgrund der Abtretung besteht im vorliegenden Zusammenhang in einer Sicherungsabrede (*pactum fiduciae*). Darin verpflichtet sich der Zedent

²¹ Art. 19 ff. PfG.

²² Vgl. Art. 887 ZGB.

²³ ZOBL (Fn. 3), 300 f. m.w.B. pro und contra.

(Borrower), dem Zessionar (Lender) zur Sicherung eines oder mehrerer Kredite Hypothekarforderungen abzutreten. Im Rahmen der Sicherungsabrede können freilich auch Einzelheiten, insb. über die Bewirtschaftung der abgetretenen Forderung (sog. Servicing), getroffen werden.²⁴

bb) Verfügungsgeschäft

Das Verfügungsgeschäft besteht in der Zession (Art. 164 ff. OR), welche der Schriftform bedarf (Art. 165 Abs. 1 OR). Die in der Schweiz z.T. umstrittene Frage, ob die Abtretung abstrakt oder kausal sei, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant und daher nicht weiter zu vertiefen.²⁵ Der Autor dieses Beitrages vertritt nach wie vor den abstrakten Charakter der Zession.²⁶

Die Hypothekarschuldner wirken am Zessionsvorgang nicht mit; deren Benachrichtigung (Notifikation), die durch den Zedenten oder Zessionar erfolgen kann, stellt kein Gültigkeitserfordernis dar.²⁷ Dagegen wäre ein dauernder Ausschluss der Notifikationsbefugnis nach herrschender Lehre und Rechtsprechung unzulässig und hätte die Ungültigkeit der Zession zur Folge.²⁸ Wird die Ausübung der Notifikationsbefugnis dagegen lediglich von Bedingungen abhängig gemacht, nimmt die herrschende Lehre das Vorliegen einer bedingten Zession an; die Forderung geht folglich erst dann auf den Zessionar über, wenn die Bedingung eingetreten ist.²⁹ Man könnte freilich auch argumentieren, dass der Forderungsübergang sofort erfolgt, da die Notifikation an sich kein Gültigkeitserfordernis darstellt und die bedingte Notifikationsbefugnis lediglich das Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar betrifft, also das rechtliche Dürfen, nicht aber das rechtliche Können.³⁰ Würde der Zessionar den debitor cessus bei Annahme dieser Rechtslage notifizieren, obwohl die Bedingung noch nicht eingetreten ist, so wäre die Notifikation zwar wirksam; der Zessionar würde aber im Verhältnis zum Zedenten wegen Vertragsverletzung allenfalls schadenersatzpflichtig. Vereinbaren die Parteien entsprechend gängiger Praxis, dass die Notifikation erst dann vorgenommen werden darf, wenn dies der Zessionar zur Wahrung seiner Rechte für erforderlich hält, hat man in jedem Fall eine gültige, unbedingte Zession vor sich. Jede Rechtsausübung ist ja im Grunde genommen an das Vorliegen eines

²⁴ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1565 f., 1583 ff.

²⁵ Vgl. dazu ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1580 mit zahlreichen Belegen pro und contra.

²⁶ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1580.

²⁷ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1583 m.w.B.

²⁸ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1584 m.w.B.

²⁹ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1587 m.w.B.

³⁰ Ansätze zu dieser Auffassung bei PETER REETZ, Die Sicherungszession von Forderungen, Zürich 2006, N 253; ebenso EUGEN BUCHER, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 549 f.

rechtlich geschützten Interesses gebunden. Von einer bedingten Abtretung kann dann keine Rede sein.

Besteht für die abgetretene Forderung ein Schuldschein in der Form einer einseitigen schriftlichen Schuldanerkennung, so vertritt die herrschende Lehre die Auffassung, dass ein solcher nach Massgabe des Faustpfandprinzips – analog Art. 900 ZGB – dem Zessionar im Sinne eines Konstitutiverfordernisses für die Sicherungszession zu übergeben sei.³¹ Eine neuere Lehre steht dagegen auf dem Standpunkt, dass die Übergabe von Schuldscheinen durch den Zedenten zwar analog Art. 170 Abs. 2 OR verlangt werden könne, dies aber kein Konstitutiverfordernis für die Gültigkeit der Abtretung sicherungshalber darstelle.³² Eine Rechtsprechung zu dieser Thematik fehlt. – Keine Schuldanerkennungen im dargelegten Sinne sind jedenfalls Verträge, die zwar ein Schuldbekenntnis enthalten können, daneben aber die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien normieren.³³ Dazu zählen neben synallagmatischen Verträgen auch unvollkommen zweiseitige Kontrakte, wie z.B. Darlehensverträge.³⁴

Bei den meisten Banken, welche das Hypothekargeschäft betreiben, bestehen keine eigentlichen Schuldanerkennungen, sondern lediglich Hypothekarverträge, welche die Rechte und Pflichten der Parteien regeln. Die Übertragung solcher Vertragsurkunden an den Sicherungszessionar stellt folglich kein Gültigkeitserfordernis für die Sicherungszession dar; die abgetretene Forderung geht unabhängig davon auf den Zessionar über.

2. Übertragung des Sicherungseigentums am Schuldbrief

a) Ausgangspunkt

Die Schuldbriefe stehen im fiduziarischen Sicherungseigentum der Hypothekarbank. Da die Sicherungsübereignung nicht akzessorisch ist,³⁵ geht das Sicherungseigentum – im Gegensatz zum akzessorischen Pfandrecht³⁶ – nicht automatisch mit der Abtretung der gesicherten Hypothekarforderung auf den Zessionar über. Vielmehr bedarf es dazu eines besonderen Übertragungsaktes.

³¹ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1588 m.w.B.

³² So HANS PETER WALTER, Die Sicherungszession im schweiz. Recht, Berner Bankrechtstag, BBT Bd. 5, Bern 1998, 58.

³³ BGE 52 II 434, 436; 45 II 250, 262; DIETER ZOBL, Berner Kommentar, Das Fahrnispfand mit kurzem Überblick über das Versatzpfand. Kommentar zu Art. 888-915 ZGB. Band IV, 2. Abteilung, 5. Teilband, 2. Unterteilband, Bern 1996, Art. 900 N 70.

³⁴ ZOBL (Fn. 33), Art. 900 N 70.

³⁵ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1363 ff.

³⁶ Art. 170 Abs. 1 OR.

b) Zulässigkeit der Weiterübertragung des Sicherungseigentums

Mangels anderer Vereinbarung in der Sicherungsabrede ist der Zedent schuldrechtlich berechtigt und verpflichtet, dem Zessionar den Sicherungsgegenstand zu übereignen.³⁷ Diese Berechtigung und Verpflichtung ist im Normalfall in der Sicherungsabrede stillschweigend enthalten.³⁸ Der Zedent ist aber nicht nur verpflichtet, dem Zessionar das Sicherungseigentum zu übertragen, sondern darüber hinaus auch sämtliche Rechte und Pflichten zu überbinden, die sich aus der Sicherungsabrede ergeben, also die gleichen rechtlichen Konditionen, wie sie für die ursprünglichen Vertragsparteien massgebend waren.³⁹ Der Bankkunde als Hypothekarschuldner darf durch die Transaktion in keinem Fall schlechter gestellt werden als zuvor.

In den meisten Sicherungsübereignungsverträgen der Banken findet sich der Passus, dass die Bank berechtigt sei, a) dem Erwerber der Kreditforderung die Schuldbriefe zu deren Sicherung zu verpfänden⁴⁰ oder an diesen Sicherungseigentum einzuräumen oder b) das bestehende Sicherungseigentum mittels Vertragsübernahme zu übertragen. Somit ergeben sich verschiedene Möglichkeiten zur Durchführung der Weiterübertragung, die nachstehend dargestellt werden.

c) Die Durchführung der Weiterübertragung des Sicherungseigentums

aa) Variante 1: Begründung von neuem Sicherungseigentum an den Schuldbriefen durch die zedierende Bank (Borrower) zugunsten des Zessionars (Lender)

aaa) Macht die Bank (Borrower) von dieser Möglichkeit Gebrauch, so tritt sie gegenüber dem Zessionar der Hypothekarforderung (Lender) in eigenem Namen als Sicherungsübereignerin auf. Damit liegt ein der Weiterverpfändung analoger Tatbestand vor, was gemäss Art. 887 ZGB die Zustimmung des ursprünglichen Sicherungsübereigners voraussetzt.⁴¹ Diese Zustimmung, die keiner besonderen Form bedarf, ist in den meisten Standardhypothekarverträ-

³⁷ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1372, 1364, 1406. Dies entspricht auch der herrschenden deutschen Lehre und Rechtsprechung. Nachweise bei ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1364.

³⁸ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1406 m.w.B.

³⁹ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1372, 1364, 1406.

⁴⁰ Die Verpfändungsvariante wird im Folgenden nicht weiter verfolgt, da von ihr in der Praxis regelmässig kein Gebrauch gemacht wird.

⁴¹ Eine Weiterverpfändung i.S. von Art. 887 ZGB liegt immer dann vor, wenn die Verpfändung in eigenem Namen und auf Rechnung des Pfandgläubigers erfolgt; dabei spielt es keine Rolle, ob das Pfandrecht für eine Schuld des Pfandgläubigers oder für diejenige eines Dritten bestellt wird (ZOBL/THURNHERR [Fn. 7], Art. 887 N 2 ff.). Art. 887 ZGB kommt auch bei der Sicherungsübereignung zur Anwendung (ZOBL/THURNHERR [Fn. 7], Art. 887 N 5).

gen rechtsgenügend enthalten. Die weitergehenden Vorschriften des BankG betr. Weiterverpfändung wurden auf den 1. Januar 2010 aufgehoben.⁴²

Tritt die zedierende Bank als Sicherungsübereignerin in eigenem Namen auf, hat das zur Folge, dass sämtliche Voraussetzungen zur Begründung einer gültigen Sicherungsübereignung einzuhalten sind.⁴³ Demzufolge ist aus obligationenrechtlicher Sicht in erster Linie der Abschluss einer Sicherungsübereignungsvereinbarung zwischen Lender und Borrower erforderlich (*Verpflichtungsgeschäft*).⁴⁴ Darin müsste im Interesse des Bankkundenschutzes sichergestellt werden, dass der Hypothekarschuldner durch die Transaktion in keiner Weise benachteiligt wird. Folglich wäre es erforderlich, dem Zessionar (Lender) spiegelbildlich die gleichen Rechte und Pflichten einzuräumen bzw. aufzuerlegen, wie sie sich aus dem ursprünglichen Sicherungsübereignungsvertrag für den Zedenten ergeben.⁴⁵ In sachenrechtlicher Beziehung müsste mit Bezug auf das *Verfügungsgeschäft* das auch für die Sicherungsübereignung geltende Faustpfandprinzip Beachtung finden.⁴⁶ Die Schuldbriefe könnten folglich nicht mehr im unmittelbaren Besitz der Bank verbleiben; es gilt das Verbot des Besitzkonstitutes.⁴⁷ Die Schuldbriefe müssten vielmehr entweder dem Zessionar (Lender) zu unmittelbarem Besitz durch Tradition physisch übergeben oder einem Dritten, dem eine pfandhalterschaftsähnliche Stellung zukäme,⁴⁸ zur Aufbewahrung anvertraut werden. Der letztere hätte den Lender und Borrower als Mittelsmann im Besitz zu vertreten.⁴⁹ Daneben müssten auch noch die wertpapierrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung des Sicherungseigentums an den Schuldbriefen beachtet werden.⁵⁰

bbb) Soweit die übertragende Bank daran interessiert ist, das Servicing bezüglich der abgetretenen Hypothekarforderungen weiter zu pflegen, ist diese Variante nicht besonders geeignet, da dann die kreditaufnehmende Bank nicht mehr im unmittelbaren Besitz der Schuldbriefe verbleibt. Dadurch entstünden durch die Transaktion zusätzliche Kosten und Umtriebe.

⁴² Art. 17 BankG und Art. 33 BankV, aufgehoben durch Anhang Ziff. 5 des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 auf den 1. Januar 2010 (SR 957.1). Weitere Hinweise dazu bei ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 887 N 14 ff.

⁴³ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 887 N 10.

⁴⁴ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1386 ff.

⁴⁵ Vgl. oben sub aa).

⁴⁶ ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1407 ff.

⁴⁷ Art. 884 Abs. 1, 3, 717 ZGB; eingehend dazu ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 884 N 481 ff.; ZOBL (Fn. 3), 296.

⁴⁸ Eingehend zum Pfandhalter ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 884 N 558 ff.

⁴⁹ BGE 123 III 367, 370 f. m.w.B.

⁵⁰ Dazu hinten II. 2. c) bbb).

bb) Variante 2: Übertragung des bisherigen Sicherungseigentums auf dem Wege der Vertragsübernahme

In den meisten Standardhypothekarverträgen der Banken ist auch vorgesehen, dass die Bank berechtigt ist, die Hypothekarforderungen unter Einschluss dafür haftender Sicherheiten, wie namentlich Schuldbriefen, an Dritte zu übertragen, wobei die Bank den Erwerber an ihrer Stelle durch Vertragsübernahme in den Sicherungsübereignungsvertrag eintreten lassen kann. Gegenüber dem Zessionar (Lender) erscheint dann nicht die Bank (Borrower), sondern der bisherige Sicherungsgeber (Hypothekarschuldner) als Besteller der Sicherungsübereignung.

aaa) Obligationenrechtliche Voraussetzung: Vertragsübernahme bzgl. Sicherungsübereignungsvertrag

Die Vertragsübernahme⁵¹ ist an sich ein Dreiparteienvertrag, bei welchem neben den bisherigen Vertragsparteien auch die neu eintretende Partei mitzuwirken hat. Die Parteien können im ursprünglichen Vertrag dazu ihre Zustimmung im Voraus erteilen, wobei dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann.⁵² Aufgrund der antizipierten Zustimmung zum Parteiwechsel spielt sich dieser so ab, dass am Übertragungsvertrag neben der neuen Vertragspartei (i.c. Zessionarin der Hypothekarforderung, Lender) die bisherige Gläubigerin (Borrower) sowohl in eigenem Namen als auch als Stellvertreterin bzw. Ermächtigte des Sicherungsgebers teilnimmt.⁵³ Mit Abschluss des Übertragungsvertrages, dem Verfügungscharakter zukommt, wird die bisherige Gläubigerin (Borrower) durch die Zessionarin der Hypothekarforderung (Lender) als Vertragspartei ausgewechselt. Damit erhält die neue Gläubigerin die gleiche Rechtsstellung wie ihre Rechtsvorgängerin, womit gewährleistet wird, dass der Sicherungsgeber (Hypothekarschuldner) in seiner Rechtsstellung keine Nachteile erfährt. Das ganze bisherige Rechtsverhältnis bleibt inhaltlich unverändert, mit Ausnahme der ausgewechselten Vertragspartei.

In der Vertragsübernahme ist auch der Rechtsgrund für die Weiterübertragung des Sicherungseigentums auf die neue Vertragspartei zu erblicken. Die Vertragsübertragung hat zur Folge, dass im Verhältnis zum Zessionar der Hypothekarforderung nicht die zedierende Bank, sondern der bisherige Siche-

⁵¹ Eingehend zur Vertragsübernahme CHRISTOPH BAUER, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, St. Gallen 2010, passim.

⁵² BGE 117 II 334; 84 II 13, 20; ZOBL (Fn. 3), 294; eingehend hiezu BAUER (Fn. 51), 119 ff.

⁵³ Nach WALTER OTT, Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, ZBGR 1978, 257, 281, wird der Übernahmevertrag bei antizipierter Zustimmung der verbleibenden Vertragspartei lediglich zwischen der ausscheidenden und der eintretenden Partei abgeschlossen.

rungsgeber als solcher beibehalten werden kann.⁵⁴ Dies steht im Gegensatz zur Variante 1, wo nicht der bisherige Hypothekarschuldner, sondern die zedierende Bank als Sicherungsgeberin auftritt. Nach erfolgter Vertragsübernahme stehen sich somit der bisherige Hypothekarschuldner als Besteller der Sicherungsübereignung und der Zessionar als Sicherungsnehmer direkt gegenüber.

bbb) Sachenrechtliche Voraussetzung: Verfügungsgeschäft

Erfolgt eine Vertragsübernahme bezüglich des Sicherungsübereignungsvertrages, so muss anschliessend das Sicherungseigentum auf den Zessionar der Hypothekarforderung übertragen werden. Dies geschieht durch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft. Dabei ist darauf zu achten, dass gemäss Vertragsübernahme nicht die zedierende Bank, sondern nach wie vor der Hypothekarschuldner als Besteller der Kreditsicherheit gilt. Demzufolge ist das Faustpfandprinzip, das auch für die Sicherungsübereignung massgebend ist,⁵⁵ im Verhältnis zum Hypothekarschuldner einzuhalten. Folglich spielt es vom Ergebnis her gesehen keine Rolle, ob der unmittelbare Besitz an den Schuldbriefen bei der kreditaufnehmenden Bank (Zedentin, Borrower) verbleibt oder auf die kreditgewährende Bank (Zessionarin, Lender) oder einen Dritten übertragen wird. Das Faustpfandprinzip ist in allen drei Fällen strikte eingehalten.⁵⁶ Die besitzesrechtliche Rechtslage ist vergleichbar mit derjenigen bei der Sicherungsabtretung oder Verpfändung einer pfandgesicherten Forderung. Das Pfandrecht folgt als Nebenrecht automatisch dem rechtlichen Schicksal der Hauptforderung, indem es ohne die Voraussetzung einer Besitzübertragung auf den Zessionar der gesicherten Forderung übergeht.⁵⁷ Auch in diesem Fall wird das Faustpfandprinzip respektiert, hat ja der Verpfänder keine Möglichkeit mehr, allein über die Pfandsache faktisch zu verfügen.⁵⁸

Für die Form der Besitzübertragung als Verfügungsgeschäft ergeben sich folgende Varianten:

- Der unmittelbare Besitz an den Schuldbriefen verbleibt bei der zedierenden Bank (Borrower), welche die Titel in einem auf den Namen des Len-

⁵⁴ ZOB (Fn. 3), 295.

⁵⁵ ZOB/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1407 ff. m.w.B.

⁵⁶ ZOB/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1501a.

⁵⁷ BGE 106 III 67, 70; 80 II 109, 114; ZOB/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 1604, Art. 884 N 279 ff., Art. 887 N 7; ZOB (Fn. 33), Art. 904 N 31 f; KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht. Vierter Band, Das Sachenrecht. 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte. Art. 884-918 ZGB. c) Das Fahrnispfand, 3. Aufl., Zürich 1981, Syst. Teil N 293, Art. 904 N 23.

⁵⁸ Vgl. die Nachweise bei Fn. 57.

ders lautenden Depot hält.⁵⁹ Das Verfügungsgeschäft erfolgt hier in der Form eines *Besitzeskonstitutes* gemäss Art. 924 Abs. 1 ZGB. Der diesem zugrunde liegende Besitzvertrag wird zwischen der Zedentin (Borrower) und der Zessionarin (Lender) abgeschlossen.⁶⁰ Das besondere Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die Zedentin im unmittelbaren Besitz der Schuldbriefe verbleibt, kann z.B. in einem Hinterlegungsvertrag, allenfalls mit auftragsrechtlichen Elementen versehen, bestehen. Praktisch gesehen wird von dieser Möglichkeit dann Gebrauch gemacht, wenn die zedierende Bank die abgetretenen Hypothekarforderungen weiterhin bewirtschaftet, insb. aufgrund eines besonderen Service-Vertrages (Servicing).

- Die zweite Variante besteht darin, dass die zedierende Bank die Schuldbriefe durch *Tradition* in den unmittelbaren Besitz der Zessionarin überträgt. Diese Variante bedarf keiner weiteren Ausführungen und ist völlig unproblematisch.
- Die dritte Möglichkeit des Verfügungsgeschäftes stellt die Einsetzung eines Dritten dar, der eine *pfandhalterschaftsähnliche Stellung*⁶¹ einnimmt, indem er den Besitz für den Besteller der Kreditsicherheit, nämlich den Hypothekarschuldner, und die neue Gläubigerin (Zessionarin, Lender) vermittelt. Die Pfandhalterschaftsvereinbarung ist im Normalfall zwischen Sicherungsgeber, Sicherungsnehmer und Pfandhalter abzuschliessen.⁶² Um dies effizient durchzuführen, müsste die bisherige Hypothekargläubigerin bereits im Hypothekarkreditvertrag durch den Hypothekarschuldner entsprechend bevollmächtigt werden; andernfalls wäre diese Variante kaum durchführbar.

Während das Verfügungsgeschäft bei Vorliegen von Inhaberschuldbriefen mit erfolgter Besitzübertragung abgeschlossen ist, müssten Namensschuldbriefe, die als Ordrepapiere qualifiziert werden, von der abtretenden Bank zugunsten des Erwerbers indossiert werden.⁶³ Nach dem Gesetzeswortlaut (Art.

⁵⁹ Die Führung eines separaten Depots ist nicht zwingend; es genügt, wenn die in Frage stehenden Schuldbriefe klar bestimmt sind. In der Praxis spricht man davon, dass die entsprechenden Schuldbriefe „geflaggt“ sein müssten. Dies ist Ausfluss des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips.

⁶⁰ Dogmatisch lässt sich der Vorgang wie folgt begründen: Es ist davon auszugehen, dass der bisherige Gläubiger gemäss Ermächtigung im Sicherungsübereignungsvertrag das Sicherungseigentum direkt auf den neuen Gläubiger überträgt (Besitzkonstitut). Soll der unmittelbare Besitz beim bisherigen Gläubiger verbleiben, geschieht die Besitzübertragung mittels eines Besitzeskonstitutes (Art. 924 Abs. 1 ZGB). Der im Ergebnis gleiche Vorgang kann aber auch mittels einer Besitzesanweisung konstruiert werden. Fällt das Sicherungseigentum im Zeitpunkt der Vertragsübernahme für eine sog. logische Sekunde an den Hypothekarschuldner zurück, kann es von diesem (vertreten durch die bisherige Gläubigerin) anschliessend auf den neuen Gläubiger übertragen werden (Besitzanweisung), Art. 924 Abs. 1, 3 ZGB. Die bisherige Gläubigerin ist dann einerseits Stellvertreterin des Anweisenden und gleichzeitig angewiesene Partei.

⁶¹ Eingehend zur Pfandhalterschaft ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 884 N 558 ff.

⁶² ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Art. 884 N 558.

⁶³ BGE 81 II 112, 115.

869 Abs. 2 ZGB) ist das Blankoindossament unzulässig; die Doktrin geht aber heute eher in die gegenteilige Richtung.⁶⁴

Komplizierter wird der Übertragungsvorgang mit der z.T. praxisfremden Gestaltung des neuen Institutes des Registerschuldbriefes, welche Regelung voraussichtlich anfangs 2012 in Kraft treten soll.⁶⁵ Gemäss Art. 858 Abs. 1 rev ZGB erfolgt die Übertragung des Registerschuldbriefes durch Eintragung in das Grundbuch auf Grund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers. Dass dies zu unnötigen Umtrieben führt und das hier diskutierte Sicherstellungskonzept praktisch verunmöglicht, liegt auf der Hand. Sofern die Banken weiterhin ihre Hypothekaranlagen zu Refinanzierungszwecken einsetzen wollen, werden sie gut tun, auch in Zukunft an ihrer bisherigen Praxis festzuhalten und auch weiterhin vom Papierschuldbrief Gebrauch zu machen. Die Einschaltung des Grundbuchamtes, was die Transaktion wesentlich verteuert und verkompliziert, erübrigt sich dann.

III. Rechtsstellung des Lenders im Konkurs des Borrowers

Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl Variante 1 als auch Variante 2 konkursfest sind. Aus Platzgründen soll hier aber lediglich die Variante 2 „Vertragsübertragung“⁶⁶ behandelt werden. Die Konkursfestigkeit dieses Konzeptes zeigt sich in Folgendem:

1. Die abgetretenen Hypothekarforderungen befinden sich in der Rechtszuständigkeit des Lenders und fallen damit nicht in die Konkursmasse des Borrowers. Der Lender hätte damit als Gläubiger die Möglichkeit, diese Forderungen auch bei einem Konkurs des Borrowers ohne weiteres gegenüber den Hypothekarschuldnern geltend zu machen.

2. Die Schuldbriefe stehen im Sicherungseigentum des Lenders. Befinden sie sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch im unmittelbaren Besitz des Borrowers, könnten sie vom Lender ausgesondert werden.⁶⁷ Gemäss den meisten in der Bankpraxis üblichen Sicherungsübereignungsverträgen hat der Lender die Wahl, ob er die Schuldbriefforderung oder die reine Hypothekarforderung geltend machen will. Weitere Verwertungsmöglichkeiten, die durch den Konkurs des Borrowers keineswegs eingeschränkt sind, sind in den erwähnten Sicherungsübereignungsverträgen regelmässig vorgesehen.

Bei Insolvenz des Borrowers kann sich allerdings die Frage des Retentionsrechtes (Art. 895 f. ZGB) stellen, das einem allfälligen Aussonderungsan-

⁶⁴ Vgl. DANIEL STAEHELIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., Basel 2007, Art. 869 N 15 f. m.w.B.

⁶⁵ Vgl. BG über die Änderung des ZGB (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 11. Dezember 2009, BBl 2009 8779.

⁶⁶ S. oben II. 2. c) bb).

⁶⁷ Art. 242 SchKG.

spruch des Lenders entgegengesetzt werden könnte. Soweit gesetzlich zulässig,⁶⁸ sollte der Borrower zum voraus auf ein mögliches Retentionsrecht vertraglich verzichten. Allenfalls drängt sich eine analoge Anwendung von Art. 21 Abs. 1 BEG auf, womit sich das Retentionsrecht in jedem Fall auf Ansprüche aus der blossen Verwahrung und Verwaltung der Schuldbriefe beschränken würde. Der weiterreichende gesicherte Forderungskreis, der sich beim kaufmännischen Retentionsrecht auf alle Forderungen aus der gegenseitigen Geschäftsbeziehung erstreckt (Art. 895 Abs. 2 ZGB),⁶⁹ wäre damit ausgeschlossen.

IV. Sind die hier diskutierten Sicherstellungsvarianten gegen mögliche paulianische Anfechtungsklagen resistent?

Mit der paulianischen Anfechtung sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die durch eine Rechtshandlung nach den Art. 286-288 SchKG entzogen worden sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Dabei stehen drei verschiedene Anfechtungsklagen zur Verfügung: Die Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG), die Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) sowie die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG).

1. Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG)

Mit der Schenkungspauliana können alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Konkursöffnung vorgenommen hat, angefochten werden (Art. 286 Abs. 1 SchKG). Schenkungsähnliche Vorgänge werden der Schenkung gleichgestellt (Art. 286 Abs. 2 SchKG). Als unentgeltliche Verfügungen kommt vor allem die Bestellung von Kreditsicherheiten für fremde Schulden (insb. sog. Drittpfandrechte) in Betracht, niemals aber die Bestellung von Kreditsicherheiten zur Sicherstellung eigener Schulden.⁷⁰ Da im vorliegenden Fall die Sicherstellung einer eigenen Schuld durch vertraglich vereinbarte Sicherungszessionen zur Debatte steht, fällt die Möglichkeit einer Schenkungspauliana zum voraus ausser Betracht. Es liegt weder eine Schenkung noch eine unentgeltliche Verfügung vor.

⁶⁸ Art. 896 Abs. 2 und 897 Abs. 2 ZGB.

⁶⁹ ZOBL (Fn. 33), Art. 895 N 231, 243 ff.

⁷⁰ Vgl. BGE 95 III 47, 52; 49 III 27; 31 II 350, 351; ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 812. Im Ergebnis gleich REETZ (Fn. 30), 324, der auch erkennt, dass Sicherungszessionen gegen Kreditgewährung nicht als unentgeltliche Verfügungen betrachtet werden können. Im gleichen Sinne auch HANS ULRICH WALDER-BOHNER/HANS FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweiz. Recht, Band II, Zürich 1993, 550 Anm. 2.

2. Überschuldungspauliana (Art. 287 SchKG)

Mit der Überschuldungspauliana kann die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, angefochten werden, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Die Anfechtung ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen (Art. 287 Abs. 2 SchKG). Für die Berechnung der Jahresfrist wird nicht auf den Zeitpunkt des Verfügungs-, sondern auf jenen des Verpflichtungsgeschäftes abgestellt.⁷¹

Im vorliegend zu beurteilenden Konzept fällt die Verpflichtung zur Sicherstellung in zeitlicher und funktioneller Hinsicht mit dem Abschluss des Kreditvertrages zusammen, so dass die Möglichkeit einer künftigen Überschuldungsanfechtung a priori ausser Betracht fällt. Dies gilt unabhängig davon, ob die sicherungsübereigneten Schuldbriefe aufgrund eines Besitzkonstitutes im unmittelbaren Besitz des Borrowers, im unmittelbaren Besitz des Lenders oder eines Dritten, dem eine pfandhalterschaftsähnliche Rechtsstellung zukommt, verbleiben. Wesentlich ist, dass das Eigentum am Schuldbrief im Zeitpunkt der Tradition oder des Abschlusses des Besitzvertrages auf den Lender übergegangen ist.

Zwecks Sicherstellung der Werthaltigkeit der sicherungsübereigneten Schuldbriefe werden im Kreditvertrag zwischen Borrower und Lender oft Aufstockungs- bzw. Substitutionsklauseln vereinbart. Der seit dem 1. Januar 2010 in Kraft stehende Abs. 3 von Art. 287 SchKG bestimmt, dass die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn Effekten, Bucheffekten oder andere an einem repräsentativen Markt gehandelte Finanzinstrumente als Sicherheit bestellt wurden und sich der Schuldner bereits früher verpflichtet hat, (1) die Sicherheit bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit aufzustocken oder (2) das Recht einräumen liess, eine Sicherheit durch eine Sicherheit gleichen Wertes zu ersetzen. Diese Bestimmung, die sich an Art. 8 Abs. 3 der EU-Finanzsicherheitenrichtlinie orientiert, hat trotz des etwas eingeschränkten Wortlautes für das Kreditsicherungsgeschäft generelle Bedeutung.⁷² Anfechtbar wären damit nur Aufstockungssicherheiten mit dem Ziel, bei Verschlechterung der Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers die Situation des Sicherungsnehmers zu Lasten anderer Gläubiger zu korrigieren.⁷³

⁷¹ BGE 99 III 89, 91; ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 815 m.w.B.

⁷² Botschaft zum Bucheffektengesetz, BBl 2006 9395.

⁷³ Botschaft zum Bucheffektengesetz, BBl 2006 9395.

3. Absichtspauliana (Art. 288 SchKG)

Mit der Absichtspauliana sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Konkurseröffnung in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zu begünstigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird weiter vorausgesetzt, dass die angefochtene Handlung des Schuldners die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigt.⁷⁴ Wird die Bestellung einer Kreditsicherheit zur Deckung eines neuen Kredites Zug um Zug vorgenommen, so liegt unter dem Gesichtspunkt der Anfechtungsklage ein Austausch gleichwertiger Leistungen vor.⁷⁵ Derartige Sicherungsgeschäfte können in der Regel nicht nach Art. 288 SchKG angefochten werden, da in solchen Fällen im Normalfall keine Gläubigerschädigung erblickt werden kann.⁷⁶

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Schuldner mit dem entsprechenden Geschäft den Zweck verfolgte, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger zu verfügen und sein Geschäftspartner das erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen.⁷⁷ Dies liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann vor, wenn z.B. eine Kreditnehmerin den erhaltenen und sichergestellten Kredit zum Schaden anderer Gläubiger verwendet und diese Absicht der Kreditgeberin erkennbar ist.⁷⁸ Die blossе Tatsache, dass der Kredit „zur Stopfung anderer Löcher“ verwendet wird, genügt für die Begründung der Anfechtbarkeit keineswegs.⁷⁹ Vielmehr soll einem Schuldner, der ernstlich mit Zahlungsschwierigkeiten zu kämpfen hat, die Weiterführung seiner Geschäftstätigkeit durch Kreditgewährung gegen Sicherstellung ermöglicht werden.⁸⁰ Nur wenn der Kreditgeber weiss oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen muss, dass der Konkurs des Schuldners unmittelbar bevorsteht und die von ihm gewährten Kredite nur noch dazu dienen können, einzelne Gläubiger gegenüber andern zu bevorzugen, oder dass der Schuldner die erhaltenen Mittel zu seinem persönlichen Vorteil, insb. für eine Flucht, verwenden will, ist ein Kreditgeschäft nach Art. 288 SchKG anfechtbar.⁸¹

Im Zusammenhang mit dem vorliegend beurteilten Konzept bestehen im Regelfall keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen der soeben erwähnten Anfechtungsvoraussetzungen.

⁷⁴ BGE 134 III 452, 454; 134 III 615, 618; 130 III 235, 238 u.a.m.

⁷⁵ So ausdrücklich BGE 101 III 92, 94 („Ein Austausch gleichwertiger Leistungen ist namentlich in der Gewährung von Krediten gegen Pfandbestellung oder gegen Zession von Guthaben zu erblicken.“); dazu ZOBL/THURNHERR (Fn. 7), Syst. Teil N 817.

⁷⁶ BGE 134 III 452, 455.

⁷⁷ BGE 134 III 452, 455; 130 III 235, 238; 101 III 92, 94; 99 III 27, 34 m.w.B.

⁷⁸ So ausdrücklich BGE 101 III 92, 95.

⁷⁹ BGE 101 III 92, 95.

⁸⁰ BGE 101 III 92, 95; 79 III 174, 175.

⁸¹ BGE 101 III 92, 96; 79 III 174; 74 III 48, 51.

4. Zwischenfazit

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die für die Kreditaufnahme im Rahmen des Interbankgeschäftes gewährten Kreditsicherheiten (Sicherungszession von Hypothekarforderungen mit Übertragung der Grundpfandsicherheiten) paulianisch nicht anfechtbar sind.

V. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Hypothekaranlagen einer Bank, die mit sicherungsübereigneten Schuldbriefen gesichert sind, unter dem Gesichtspunkt des Zessionsrechtes in aller Regel ohne weiteres an Dritte sicherungshalber abgetreten werden können, unter dem Aspekt des Bankgeheimnisses aber nur mit Zustimmung des Bankkunden. Eine solche ist immer dann ausreichend, wenn sie ausdrücklich auf das Bankgeheimnis Bezug nimmt oder wenn eine generelle Einwilligung zur Weiterübertragung der Hypothekarforderungen vorliegt. Um den Hypothekarschuldner optimal zu schützen, empfiehlt es sich, das Sicherungseigentum am Schuldbrief auf dem Wege einer Vertragsübernahme bezüglich des Sicherungsübereignungsvertrages (Sicherungsabrede, pactum fiduciae) durchzuführen. Die übertragende Bank kann in diesem Fall aufgrund eines Besitzeskonstitutes ohne weiteres im unmittelbaren Besitze der Schuldbriefe verbleiben, da das auch für die Sicherungsübereignung massgebende Faustpfandprinzip im Verhältnis zum Sicherungsgeber (Hypothekarschuldner) klar eingehalten ist. So hat die sicherungshalber zedierende Bank aufgrund einer Abrede mit dem Zessionar die Möglichkeit, die abgetretenen Forderungen und übereigneten Schuldbriefe weiterhin effizient zu bewirtschaften.